

# 共识难题：法律商谈的经验之维

陈洪杰\*

---

## 目次

- 一、共识匮乏与争议案件
- 二、“寻求共识”与“诉诸强制”的二元命题——以冲突的社会控制为分析线索
  - (一) 爱斯基摩人的例子
  - (二) 伊富高人的例子
  - (三) 基奥瓦人的例子
  - (四) 切依因纳人的例子
  - (五) 阿散蒂人的例子
  - (六) 小结
- 三、何种共识？何者之共识？——裁判可接受性命题在当代中国之展开
  - (一) 裁判可接受性命题的公众之维
  - (二) 裁判可接受性命题的当事人之维
- 四、共识何以可能：方向及路径
- 五、余论

**关键词** 冲突 社会控制 公共决策 权力 交往视角

---

## 一、共识匮乏与争议案件

就泸州遗赠案引发的巨大争议，<sup>〔1〕</sup>何海波博士曾作如是评论：“遗产给谁不给谁的争论，反映

---

\* 上海财经大学法学院讲师、法学博士。

〔1〕 四川泸州成年男性公民黄永彬生前立下遗嘱，将其遗产赠与婚外同居者张学英。该遗嘱在纳溪区公证处得到公证。黄去世后，张学英向黄的妻子蒋伦芳主张根据遗嘱的内容分配财产，遭到拒绝后，张学英以蒋伦芳侵害其财产权为由诉至泸州市纳溪区人民法院。纳溪区法院经审理认为，遗赠人黄永彬的遗赠行为违反了《民法通则》第7条“民事行为不得违反公共秩序和社会公德”的法律原则和精神，应属无效行为。张学英不服一审判决，向泸州市中级法院提起上诉。二审法院以与一审法院同样的理由维持原判。参见四川省泸州市纳溪区法院民事判决书，(2001)纳溪民初字第561号；泸州市中级法院民事判决书，(2001)泸民一终字第621号。

了两种生活方式的差异,两个生活世界的不同声音,两种法律解释话语——大众话语和精英话语——的冲撞。在这个问题上,至今没有明确到不容置疑的法律规定。当事人以法律的名义争夺她们想要的财产,法律家们以法律的名义论证他们想要的生活方式。然而,法律是沉默的,它的所有含义是被人夹塞的。这两种生活方式是如此的迥异,在法律诉讼的特定空间中几乎无法协调。不但诉讼当事人并非互相合作、寻求真理,就是意见对立的民众也很难心平气和地沟通。所以,希望通过商谈论证(legal discourse)获得合法性,使公众在理性驱使下能够获得普遍的同意,至少在本案情况下有些镜花水月。不管法官最后如何宣布它的立场,法律终究是‘伪装的权力’,是一群力强加给另一群人的生活方式……”〔2〕一言以蔽之——共识无法达成!

无独有偶,在同样有争议的王斌余案中,桑本谦博士在《法律论证:一个关于司法过程的理论神话——以王斌余案检验阿列克西法律论证理论》(以下简称“桑文”)一文中亦对哈贝马斯基于“理想的论辩情境”而达成一致的“理性重建”工作,以及将此推及法律实践领域的阿列克西之法律论证理论表示了怀疑,其结论同样是——共识无法达成!下文试简要介绍“桑文”的论证结构。

2005年9月4日,新华社发表的一篇题为《死囚王斌余心酸告白》的报道向公众披露了一起故意杀人案。王斌余(男,27岁)“数次讨要工钱无果,他愤怒之下连杀4人,重伤1人,后到当地公安局投案自首。6月29日,宁夏石嘴山市中级人民法院判处王斌余死刑”。但这篇报道的重心不是介绍案情,而是让王斌余“袒露他的内心世界”:17岁背井离乡进城打工,低廉的工钱,繁重的工作,随处可见的歧视,包工头的颐指气使,以及讨要工钱时遭受的挫折和侮辱。显然,记者企图通过报道一个死囚犯的悲惨生活经历来引起社会各界对农民工生活境遇和权利保障等问题的关注。

这篇报道激起了公众对王斌余的强烈同情,也随之引发了“放王斌余一条生路”的热切呼吁。围绕着是否应当判处王斌余死刑,平面媒体和网络媒体的争论文章迅速涌现、络绎不绝且相互转载。“免王斌余一死”的主张者也确实提供了许多理由:高一飞援引了“期待可能性”的概念,〔3〕季卫东提出了“自救理论”,〔4〕陈兴良则认为法院可以开创“激愤杀人免死”的先例。〔5〕然而,“桑文”指出:“即使将主张‘免死’的理由综合在一起,也不见得能够彻底压倒一个反对性见解——即‘免死’的判决会给人们在生活濒临绝望的时候使用暴力创造一个危险的激励。在王斌余案中,我们无法获得(实际上是没有理由期待获得)阿列克西所说的共识。更会让阿列克西沮丧的是,交流和辩论不但不能消除分歧,反而会使分歧加深。关于王斌余案的争论范围从法律依据延伸到法理依据,又扩展到道德依据,在短时间内迅速升级,但我们没有发现分歧缓解的任何迹象。正如一位评论者指出的,伴随着争论的升级,‘王斌余案将我们撕裂成了两半’。”〔6〕

“桑文”认为,交流不足以消除道德分歧这一事实不仅质疑了阿列克西的法律论证理论,还对作为其基础的理性交流理论构成了挑战。当辩论双方无法取得共识时,哈贝马斯曾寄希望于双方通过谈判能够达成利益上的妥协。而“桑文”则进一步否定了这一可能性,它提出,在王斌余案中,对立双方不可能达成有意义的妥协,因为法院不可能把王斌余置于生死之间的过渡状态。〔7〕

在利益分化、价值多元的社会中,因为共识匮乏而产生争议的案件并不鲜见。“桑文”认为:

〔2〕 何海波:《何以合法?——对“二奶继承案”的追问》,载《中外法学》2009年第3期。

〔3〕 高一飞:《有必要判王斌余死刑吗?》,载《新京报》2005年9月7日。

〔4〕 季卫东:《王斌余的罪与罚》,载《财经》2005年9月总第142期。

〔5〕 赵继成:《王斌余杀人案:底层群体罪与罚的正义之辩》,载《新京报》2005年9月19日。

〔6〕 顾昀:《王斌余案将我们撕裂成了两半》,载《中国经济时报》2005年9月15日。

〔7〕 桑本谦:《法律论证:一个关于司法过程的理论神话——以王斌余案检验阿列克西法律论证理论》,载《中国法学》2007年第3期。

“在尖锐的利益冲突中,由于各种各样的原因(成本约束、信息阻碍、时间限制、利益的不可分割性以及纠纷当事人的心理作祟),往往难以达成妥协,博弈理论家把这种状况称为‘非合作博弈均衡’。在共识和妥协双双落空的情况下,解决纠纷的唯一途径就是权力的干预,司法就是权力介入纠纷解决的结果。社会需要一个强有力的权威对各种是是非非做出最后的了断,否则,在既无法取得共识又不能达成妥协的地方,面对涉及利益冲突和价值冲突的复杂社会问题,人们就被抛进了一片黑暗的‘沙漠’。”〔8〕

按照“桑文”,司法的首要目标不是寻求正义,而在于解决纠纷和追求社会总成本的最小化,因此与法律论证相比,对于司法过程更重要的是权力决断。〔9〕这样一来,在共识无法达成的背景下,纠纷只能仰赖于法院发布一个以强制为后盾的具体命令的方式加以解决。“桑文”提出:“显然,权力的强制性是司法满足这一现实目标的可靠保障。判决如果不能‘说服’当事人,司法就要被迫采取‘压服’的手段。别忘了,正义女神除了拥有一架天平外,手里还握着一把剑。”〔10〕但是,本文认为,手握利剑之“正义女神”面向个案纠纷发布的强制性命令显然不同于持枪强盗发布的“命令”,而此两者之所以不同,按照哈特的观点,是因为前者“是典型地对人们运用权威而不是运用施加伤害的权力,虽然它也可能与伤害的威胁相联系,但是一个命令主要不是诉诸畏惧,而是诉诸对权威的尊重”。〔11〕如果哈特是正确的,那么,我们的问题是,一个社会何以会普遍承认并尊重正义女神“仗剑行令”之权威?而持枪强盗却永远无法获得任何一个正常社会的认同?这在本质上只能是一个道德哲学层面的“合法性”问题。而我们显然不可想象,“权力之剑”能够完全不诉诸在道德哲学层面取得相关一致性的共同体意识而确立其合法性,并且还能在面向社会共同体一遍又一遍的强制过程中完成合法性之再生产。而“桑文”却恰恰试图在这一点上另辟蹊径,认为权力决断或权力强制之合法性论证可以撇开“传统道德哲学进路”(不是共识,或可以不是共识)，“解决问题的恰当进路只可能来自社会科学”。而他所谓的社会科学的进路亦只不过是极为模糊宽泛的“回到问题本身,研究问题本身的经验要素,并在各种备选方案之间权衡利弊得失”。〔12〕所以下文首先将尝试顺着“桑文”开启的进路,以法人类学的视角来观察人类各社会文明阶段处理纠纷问题的历史经验,以及“共识、权力、强制”等各要素是如何“经验地”参与到纠纷解决过程中来,并通过呈现作为人类社会文明内在完整性之经验体验而提供的“各种备选方案”来权衡利弊得失,反思“传统道德哲学进路”究竟是否必要并且可欲。

## 二、“寻求共识”与“诉诸强制”的二元命题 ——以冲突的社会控制为分析线索

冲突作为与人类社会组织运作相伴而生的产物,若无法施以控制,必将会导致社会组织体的内耗、动荡乃至衰亡。因此,冲突的社会控制可以说是处在任何社会发展阶段的人类文明体系必须应对的重大挑战。与此同时,“共识难题”想必也一定会是人类社会试图进行冲突控制的实践

〔8〕 见前注〔7〕,桑本谦文。

〔9〕 雷磊:《法律论证何以可能?——与桑本谦先生商榷法律论证理论的基本问题》,载《政法论坛》2008年第4期。

〔10〕 见前注〔7〕,桑本谦文。

〔11〕 [英]哈特:《法律的概念》,张文显、郑成良等译,中国大百科全书出版社1995年版,第21页。

〔12〕 见前注〔7〕,桑本谦文。

史所无法绕开的一大症结。有鉴于此,本文的重要出发点即是依托人类学田野调查所获取的处在各文明阶段的人类生活经验,围绕冲突的社会控制这一问题线索,尝试建立一个关于“共识难题/命题”的初步分析框架。我们首先从初民社会的冲突控制机制着手。

### (一) 爱斯基摩人的例子

约两万左右的爱斯基摩人呈狭长形地散布在北美北部沿海的极地荒凉地带、格陵兰岛的东部和西部。凌驾于几个地方群体之上,将他们凝聚在一起的社会组织结构从来没有出现过。其社区人数很少超过 100 人,并且缺乏依据父系或母系血统形成扩大的家庭制度的存在。仅就社会组织而言,这种情况使得爱斯基摩人成为人类学家所知的真正最原始的群体之一。<sup>[13]</sup>

在这样一种文明的初级阶段,由于不存在有效的公共权力,<sup>[14]</sup>在发生冲突的场合,体现私力救济的同态复仇以及血族复仇相当盛行。但爱斯基摩人仍然清楚地界分了“为了私利的杀人”与“为了公益的杀人”,并且通过一套“同意机制”的运作,使得后一种情况的杀人者避免了被死者亲族复仇的困扰。

博厄斯曾经描述过一个古老的案例:在帕得利(Padli)有一个叫派得鲁(Padlu)的当地人引诱了坎伯兰海峡一位土著人的妻子,并连续杀害了前来寻仇的丈夫及其朋友等三人。当地人决定除去这个祸根,阿库德密尔缪特人(Akudmirmuit)的头人向南方出发,询问了帕得利的每一个男子,众人一致赞成处死派得鲁,于是他就同派得鲁一起去猎鹿,并从背后将其射杀。霍贝尔评论道,除了东格陵兰岛以外,在我们已做过报告的一切爱斯基摩人社会中,都存在着类似的情况。“行刑者”事先征求整个社区对他这一行为的意见,一旦他获得了大家一致的赞同,就不会有对“行刑者”进行血亲复仇的事情发生。原因之一在于他是“为了公益的杀人”;而或许更重要的原因则在于,如果被行刑者的亲属也在该社区之中的话,这种事先的一致赞同也包括他们的赞同在内。作为防止对“行刑者”进行血亲复仇的另一种控制机制,就是由被行刑者的近亲属自己来执行社区公众的意志。<sup>[15]</sup>

我们可以由爱斯基摩人社会的“同意机制”引出本文的第一个判断:在恰当的共同目标引导下,理性的社会成员是具有共识能力的,哪怕按照现代文明眼光曾有的偏见,这些初级社会的成员们被认为是“未开化的野蛮人”。当然,这里提到的“共识”仍然是以事实层面实体判断的一致性为方法论基础——即“某人是否该杀”,或“某种主张是否成立”等等诸如此类——的“意见一致”。但当我们以此作为“共识”的衡量标准来检视爱斯基摩人的社会实践时,却又发现他们尚还存在另一向度,并不以前述标准之共识为目标追求的“无共识”的纠纷解决机制:斗歌。

尼斯(Nith)西部和东部爱斯基摩人的斗歌颇享盛誉,斗歌可以用来解决除杀人以外的一切正常秩序中所发生的怨恨和纠纷。歌唱的风格是高度规范化了的,成功的歌手运用传统的曲调格式,以赢得观众的热烈喝彩。被衷心鼓掌喝彩的就是胜利者。赢得斗歌的胜利,其结果并不带来任何经济上的补偿,唯一的得益是个人社会威望的增长。但在任何情况下,输赢两家都得重归于好,他们相互交换礼物,作为解决纷争的纪念。<sup>[16]</sup>

霍贝尔评论道,斗歌在其用来解决纷争和恢复该社区内冲突双方的正常关系时,是一种司法

[13] 参见[美]E. A. 霍贝尔:《初民的法律:法的动态比较研究》,周勇译,中国社会科学出版社 1993 年版,第 71 页。

[14] 见前注[13],霍贝尔书,第 88~89 页。

[15] 见前注[13],霍贝尔书,第 96~97 页。

[16] 见前注[13],霍贝尔书,第 101~107 页。

的手段。争执一方接受了一项有利于自己的“判决”，但它不能依据实体法所规定的权利来评判正义与否。诉讼当事人(斗歌双方)发泄了怨恨之情——怨屈的包袱卸了下来——心理上得到了满足，心理平衡重新恢复，这一切就足够了。如同爱斯基摩人所认为的，这就是爱斯基摩社会所需要的足够的正义。<sup>[17]</sup>

可以看出，在斗歌的文化机制中，“谁更有理”这样的实体法层面的“共识”自始至终是付之阙如的，也是不必要的，在这个向度上我们确实可以将斗歌称作是一种“无共识”的纠纷解决机制。但是，当冲突双方当事人选择斗歌的形式来寻求正义时，他们实际上已经达成了另一层面的共识。按照现在的眼光来看，这是一种仅仅关乎程序以及程序运作结果的有限共识，但却又是切实有效的：双方当事人内在的争议不再外化为对抗性的行动，他们“重归于好，相互交换礼物，作为解决纷争的纪念”。一个有限但却有效的共识！没有什么能比这样的结局更让人欣慰的了。因此，在这里我们将做出本文的第二个判断：一个有效的共识可以是有限的，甚至必定是有限的。

但是，我们也意识到，“具有共识能力”以及能够就正义问题达成“有限共识”实际上并不足以保证在所有的冲突事件中均能“达成共识”，哪怕只是一个“有限共识”。“共识能否达成？”这样的问题仍然在很大程度上受制于事件本身的实体因素、当事人的交涉能力、冲突的博弈结构、社会的控制能力等等。有鉴于此，本文尝试进行这样的观察，当不一而足的冲突事件无可避免地陷入“共识无法达成”的境地时，社会是如何做出应对的？社会做此反应的各种形态(由初级到高级)又是如何以类型化的方式固定在具体的制度结构中的？就此观察视角而言，爱斯基摩人的简单社会已经不能提供有价值的线索了，这个社会尚不发达的制度体系只能允许——事实上是纵容——杀戮，造成了悲剧性的社会内耗。

## (二) 伊富高人的例子

从已掌握的材料来看，我们并没有在爱斯基摩人的社会实践中观察到这样的显著事实：存在一种常设的冲突应对机制，由成机制性运作的社会第三方力量将冲突当事人系统性地纳入到一个谋求共识的博弈结构中来。在爱斯基摩人的例子中，社会第三方力量的介入或在场多半是零星、自发的，并未充分形成一个系统、成熟的模式。而菲律宾吕宋岛北部的伊富高人则在这一点上展示出了更高的成熟度。

在菲律宾崎岖的山区深处，伊富高人是经济上以精耕细作、灌溉耕锄的农业文化为中心的园耕民。作为一个民族的伊富高人有7万，但在管理上，没有人被视为首领，也没有部落的、地区的或村落的议事会。在伊富高人的社会结构中，罕见集中的权威和权威的代表，这使得为了整个社区的利益而行使强制性制裁的行为没有明确的社会基础。<sup>[18]</sup>

在伊富高人的社会中，除了杀人案件会导致直接的血亲复仇外，程序要求一切家族之间的纠纷须由中间人从中斡旋。在争讼程序中的这个中间人被称为蒙卡卢，但他既不是法官，也不是仲裁员，他不做任何判决或裁决，他仅仅是一位享有有限权威的劝诫者。蒙卡卢总是属于卡达扬阶层的一员(伊富高人社会阶层中的最上层)，通常他也是一位享有声誉的猎头者(即他曾有猎取敌人首级的经历)。在争讼中，蒙卡卢都是由原告来选择，如果被告人不听其讲理而退避三舍，或者当他找上门时向其“示威”，蒙卡卢便会等到该被告人走进他房屋后，尾随入内，手持战刀，在被告的面前坐下，强迫他听其劝诫。但蒙卡卢并不是原告的辩护人，他对维护被告的相应权利同样感兴趣(如果他能够设法将原告的赔偿主张削减到同类案件一般的赔偿标准之下，他甚至能因此赢

[17] 见前注[13]，霍贝尔书，第108页。

[18] 见前注[13]，霍贝尔书，第111页。

得众望)。他依照普遍确认的文化标准,为促成纷争的解决尽心尽力。他还是沟通争议双方之间信息的一个渠道,因为一旦程序开始,原被告双方不能谋面或交谈,直到问题的最终解决。蒙卡卢在卷入争讼的各方来回穿梭,恩威兼施,时而威吓,时而哄骗,渲染对方当事人的潜在武力威胁并以此作为每一项重要条件的后盾。<sup>[19]</sup>

一般来说,蒙卡卢获得成功的概率是比较高的。双方亲属都希望纷争能够很幸运地得到和平解决,如果这是可能的话。他们并不希望掀起过多的世仇。尽管如此,一旦蒙卡卢的努力受到固执己见的双方当事人的一致阻碍时,他便要考虑将自己置身事外了。这时,他便正式宣告调解无效,并且要求争讼双方保持从两个星期到一个月时间不等的一段休战期。如果任何一方在这段时间侵袭对方,就会被视为是与蒙卡卢为敌。

等休战期结束之后,原告可以有两个选择:另找一位蒙卡卢,继续尝试使被告答应其所提的条件;或者,如果他的亲属支持他,他们便举行一个宣战仪式并准备攻击被告。巴顿认为:“如果一方家族在纷争事件中无任何过错,特别是蒙卡卢业已从中调停,那么即便是一桩仅仅有关债务的纠纷,在这段休战期届满时,他们也会杀死不法者。这将会得到公共舆论的支持,并且死者的亲属也不大可能进行复仇。”但霍贝尔认为事实并非如此,恰恰相反,复仇事件屡屡发生。伊富高人的法正是在这里出了故障,世仇不断地发生,成为一代又一代人的社会负担,最后只能依靠政治联姻才有可能终结往复杀戮的恶性循环。<sup>[20]</sup>

“蒙卡卢”这样一种已经明确类型化了的固定社会角色的出现,代表了社会文明在冲突内控机制层面的一大进步。我们清楚地看到在伊富高人的社会里已经高度发展了一种常设的冲突应对机制,由成机制性运作的社会第三方力量将冲突当事人系统性地纳入到一个谋求共识、和平解决纠纷的博弈结构中来。在蒙卡卢彪悍战刀的震慑之下,即便是不情愿的当事人也不能轻易逃避或抗拒来自社会的干预。但尽管承担了相当的公共使命,蒙卡卢的行为逻辑或驱动力本质上仍是自利的(社会威望、心理的自我满足以及丰厚的酬金),这就导致虽然他的那把战刀构成其权威的一个象征,但这权威却并不足以保证其可以不顾任何一方当事人的意愿而就争讼做出一个有强制约束力的“判决”。否则的话,一旦当事人置之不理他的“判决”,蒙卡卢就必须凭着他的战刀将之付诸执行。我们已经了解,作为个体的蒙卡卢及其背后的家族力量尽管强大,但其身处的社会却并不能够给其持续提供足够强有力的支持。如果蒙卡卢每调停一次争讼,就要陷入一场不得已而为之的征战,他的势力将会很快消耗殆尽。这样一来,“蒙卡卢”这样的社会角色也就失去了其所产生的土壤。所以,这就解释了为什么蒙卡卢只负责调停,而不做“判决”。“判决”的权力是需要一个社会提供结构性支持的,而这恰恰是伊富高人的社会所欠缺的。其结果是,一旦冲突双方陷入“共识无法达成”的僵局,伊富高人在很多时就仍会身不由己地重蹈爱斯基摩人的覆辙。

### (三) 基奥瓦人的例子

基奥瓦人是生活在北美西部大草原上众多印第安游牧部落的一支,相较于伊富高人,其在如何引导冲突当事人诉诸一个“适当”的渠道来解决纠纷这个问题层面上,更富有技巧。基奥瓦人拥有确定的首领制度;拥有一系列依参加者的社会威望而组织起来的军事会社,这些会社承载着许多维持治安、整顿秩序的工作;以及初级的宗教,他们举行拜日舞并有一个称为“祖母”(The Grandmothers)的部落圣物:十束神奇的药包(ten special medicine bundles)。

在基奥瓦人的社会里,暴力行为同样是社会内部关系的一大威胁,因此也是社会干预的主要

[19] 见前注[13],霍贝尔书,第125~127页。

[20] 见前注[13],霍贝尔书,第133~134页。

对象。在理查森报告的9个案件中,用信息提供者的话来说,是“旁观者制止了争执的双方”。在各个例子中,每当构成暴力冲突的威胁时,十束药包的掌护者就会带着他神奇的烟斗到场调处,劝说受侵害的一方不要对加害人实行暴力复仇,并允诺通过赔偿金的方式来和平解决。在大多数案件中,这种劝说是被看重并接受的。再冥顽不化的人,也只能有三次拒绝的权利。当药包掌护者带着烟斗第四次找上门来时,他就必须让步,否则就会受到超自然力的死亡惩罚。<sup>[21]</sup>

即便如此,十束药包的“神力”也并不足以杜绝在有些骑虎难下的场合中,情绪激动的当事人因无法克制而铸成大错。因此,在最后的紧要关头,真正掌有司法权的军事会社会对失控者施加压力。例如,一位叫吉威伯斯代的武士在其妻子与他人通奸之时将他们当场抓获。后者得空逃之夭夭,吉威伯斯代则扬言要取通奸者的性命。后者的父亲随后牵着4匹马在3位十束药包掌护者的陪同下前来说和,遭到吉威伯斯代的拒绝。第四位带着烟斗的说客也同样遭拒,这使得部落的安宁受到了复仇阴影的威胁,恐怖的气氛一直持续到神圣的拜日舞营地建立之后(期间,吉威伯斯代杀死了通奸者父亲的许多马匹)。最后,比格·鲍(阿德尔吐玉威战友会的头领)和怀特·比尔提议采取行动,他们访问了每一个战友会,大家都表示同意。他们选出了一个代表团,通奸者的父亲又拿出两匹马让代表团带去送给吉威伯斯代,但他仍然固执己见。直到怀特·比尔唱完一只戴姆拜加的军歌并威胁说要刺死他时,吉威伯斯代才表示愿意悔过自新……两年之后,吉威伯斯代死于非命,“因为他拒绝了那只烟斗”。<sup>[22]</sup>

基奥瓦人的聪明之处在于巧妙运用了超验的力量来引导、促成社会成员达成和平解决纷争的共识,并且又通过选择性地建构集体记忆来进一步强化宗教的力量(吉威伯斯代的死被归结为第四次拒绝)。但真正起作用的,却仍是那支作势欲刺的矛。由“说服”不成再到武力“压服”,吉威伯斯代事件清楚地表明,基奥瓦人的社会已经基本具备了能够支撑起“权力”的关联因素:高度组织化的暴力机器(军事会社);公共意志(动议→征求意见→同意);执行机构(代表团,虽然只是临时的)。这些关联因素的紧密咬合使得基奥瓦人的社会得以产生那种能够合法正当地对社会成员施加强制干预的权力雏形,极大增强了社会组织体对内部冲突进行控制的效率和能力。这与伊富高人的例子形成鲜明对比:蒙卡卢虽然十分敬业,一趟趟地来回穿梭于冲突各方,但“调停的行为通常旷日持久,直到其建议经过多次反复修改最终达成协议”。<sup>[23]</sup>有的时候,还未未必能够达成协议。尽管如此,基奥瓦人的社会结构已然催生的这粒“权力”的种子究竟是会在社会文明的土壤里结成善果,还是盛开“恶之花”,我们还需做进一步观察。

#### (四) 切依因纳人的例子

切依因纳人与基奥瓦人是相互邻近的部落,他们的地理环境和经济体系实质上完全一致,家庭结构上也十分近似;他们基本的宗教观念在想象力的运用上也十分类似;在社会的基本组织结构上也有很高的相似度;甚至他们发生冲突的模式也是相同的。但由于切依因纳人的历史文化传统更为深厚久远,其部落管理机构所起的整合程度和对个人的控制上也相应具有更高的成熟度。<sup>[24]</sup>

切依因纳人的最高权力机关是由44位首领组成的议事会,他们不是自然而然产生的领袖,而

[21] 见前注[13],霍贝尔书,第193页。

[22] [美]简·理查森:《基奥瓦印第安人的法律和社会地位》,美国民族学会,专题报告1,1940年,第91~92页,第22~27页,转引自前注[13],霍贝尔书,第196~197页。

[23] [美]P. B. 波特:《调停》,载《社会科学百科全书》,第10卷,1933年,第272页;转引自前注[13],霍贝尔书,第138页。

[24] 见前注[13],霍贝尔书,第142~144页。

是明确被指定在一个特定的期限内担当首领这一荣耀职责的人。并且每十年就要举行一次盛大的首领改换仪式。<sup>[25]</sup> 议事会的权能既有行政的,也有司法的。只有它才享有维持和平的权威,并且强制执行对杀人犯流放的处罚;同时,当做出判决时,杀人犯若以财产赎罪,也由它负责裁判减轻对他的处罚。<sup>[26]</sup> 在前几个初民社会的例子中,我们已经充分展示了杀人事件对于一个社会内部秩序的冲击,它是当事人间最难达成共识的最高级别的冲突形式,处理稍有不慎就会引发无休止的血族复仇。而切依因纳人对杀人事件的应对模式则充分展示了其高度成熟发达的政治智慧和社会控制能力。

切依因纳人部落拥有两件古老的圣物,一件是药箭包,一件是圣帽包。四支圣箭象征着部落的整体及其完整,在危及圣箭从而也就是危及部落生存的几种情况中,切依因纳人的自相残杀是其中的一种。它是对部落“魂灵”的玷污,通过在圣箭的羽饰上奇迹般出现的斑斑血迹而得以显现,祸害从此降临到整个部落的头上。只要羽饰上的血迹仍然遗存,厄运(战争失利,出猎捕空,等等)就会永远缠绕着全部落。为了部落的长治久安,一条制止杀人行为的禁令依托极富宗教色彩的故事背景在切依因纳人的集体记忆中被塑造。自那时起,无论依据何种理由,只要有人杀死与他同部落的伙伴,他就将被逐出营地1至5年。这条禁令有效地抑制了复仇的冲动。对杀人事件进行裁判是部落议事会成员的权力,部落议事会所能实施的惩罚措施就是流放杀人犯,但仅仅流放罪犯是不够的,圣箭及其所象征的部落也因为杀人事件而受到了玷污。洗涤罪孽的程序是必要的,它通过圣箭更新仪式来进行。当举行这一活动时,每一个切依因纳人都需到场——杀人凶手及其家庭成员除外。圣箭更新仪式进行的几小时内,现场需要保持绝对的安静,战士在营地巡逻,以使在棚屋内的全部妇女和小孩保持肃静。一旦听到任何打破宁静的犬吠声,便即刻上前砸碎它的狗头。由此,对杀人这种可能使整个部落分崩离析的行为而举行的这一仪式,成了加强其部落整体凝聚力的活动。<sup>[27]</sup>

切依因纳人对杀人事件的处置尤为引人注目的一点在于,其明确创制出了“公共”的概念。对杀人事件的认知不再被局限在“行为构成对死者及其亲族的侵害”,而主要是被视为是对公共利益的侵害。这导致在杀人事件的处置上,对公共目的的考量全面地压倒了个人的复仇意愿。在其他社会中常见的,因为杀人而引发的私人集团间的剧烈对抗或勉为其难的妥协,在切依因纳人的杀人事件中消失了。取代“以当事人间的同意作为纠纷解决方案”的是一套高度规范化、模式化的公共决策机制,对事态发展的控制权也由私人转移至议事会这样的公共机构。对杀人者如何处罚?处罚力度如何?受害人家属的意愿只能在议事会的权力支配下以及禁令所许可的范围内进行表达。这意味着,就杀人事件这种特定的冲突类型而言,当事人之间有无共识或在多大程度上存在共识,对于最终方案的形成并不是最关键的因素,议事会才是掌握最终标准的决断者。

在这里,我们清楚地看到,权力所代表的公共意志凌驾于个人意愿之上,而个人却也自愿服膺于权力的安排。毫无疑问,只有建立在当事人对议事会的权力介入以及排他的决策机制之合法性均无异议的前提下,切依因纳人社会对杀人事件的应对才能按照前述模式顺理成章地发生。在这里,继爱斯基摩人的例子之后,我们又识别出一种“有限共识”,而且对于冲突的抑制同样也是有效的(共识的有限性表现在很多情况下,受害者亲族仍然可能会有复仇的强烈愿望,不愿意就这么便宜了凶手;共识的有效性则表现为在切依因纳人的社会里,复仇不再是一种常态现象,甚至可以说

[25] 见前注[13],霍贝尔书,第153页。

[26] 见前注[13],霍贝尔书,第165页。

[27] 见前注[13],霍贝尔书,第174~176页。



得到了根治)。在1835至1879年间,这个拥有约8500名成员的部落内只发生了19起杀人事件,如果没有对复仇的有效抑制,这样的统计数据是不可想象的。要知道,切依因纳人是真正骁勇善战的民族,每一名男性成员在孩提时代就开始被训练成富有攻击性的战士,猎取敌人的首级对他们来说是家常便饭。

通过切依因纳人的例子,我们得出本文的第三个判断:权力的有效性可以弥补共识的有限性。权力,一经生成便深刻改变了冲突的博弈格局,而它的影响仍在持续深入。

#### (五) 阿散蒂人的例子

切依因纳人的实践发端了一种有效却也潜藏威胁的冲突抑制机制——以权力所代表的公共意志代替当事人的同意形成纠纷解决的最终方案。关于它的有效性,我们在切依因纳人的例子中有了直观印象,而在阿散蒂人的实践中,权力潜藏的危险一翼已经显露。

在非洲西部的黄金海岸,阿散蒂人的社会从各个分裂的氏族聚集到一起,发展成为一个拥有20万人口规模的联合部落国家。其社会的基本组织结构是由家族、世系群、分区、地区组织往上,直到顶端由“库马西海奈”担任“阿散蒂海奈”的金字塔式的军事王国。主要为军事原因而存在的国上之国(superstate)是一种权力机构。其对于一切犯罪行为所使用的制裁措施都是死刑,而且它独占了这一权力,声称“只有国王才可以掌握刀把子”。阿散蒂人的刑罚看起来十分严厉,实际却并非如此,因为其允许被判死刑者“赎回他的头”。死刑减赎的权限由首领们掌握,具体标准我们不得而知,我们所知道的是法院渴望金钱。诉讼是在为增加皇家国库收入这一愿望的推动下进行的,正义可以为皇室任意出卖。无讼成了首领们痛心惋惜的事,为此,他们还求助于神灵,在训谕首领俄克迈耶的屋外,树有诉讼圣物。一旦法院的门前过于冷清,俄克迈耶便会举行一种特殊的祷告。他将棕榈油浇在圣物上面以为献祭,并吟诵道:“听讼石啊,这些天来的饥饿快要我们的命了,给我们一点案子审一审吧。”<sup>[28]</sup>

在阿散蒂人这里,权力已然蜕变为执掌权柄之人谋取私利的工具。权力的运作一旦背离其最初设定的目的,对于社会而言,反倒成了麻烦制造者。

#### (六) 小结

作为人类最本能的心理倾向,在无法就冲突之解决达成有效共识的情况下,就会转而诉诸强制。“桑文”的中心逻辑亦是如此,以效率为由,从“共识难题”遁入“强制命题”。基于前文的观察,我们大致可以将其类型化为“私人的强制”、“社会中介力量的强制”及“社会公共机构的强制”。复仇是最典型的“私人的强制”,令人诧异的是,社会为了抑制冲突而做的第一种努力竟然是为冲突的扩大化提供社会认同——血族复仇即是这样一种社会文化机制。在弱肉强食的丛林规则盛行的初民社会中,在一切人反对一切人的残酷战场上,社会个体间强弱态势的转化是瞬息万变的。不存在绝对永恒的强者,此时此地之强者,转瞬间在彼时彼地就成为了弱者。“血族复仇”的文化机制使得再弱小的个体也因为有家族武力的潜在支持而获得了一定的筹码来震慑来自外部的威胁,这在一定程度上保证了社会个体之间行为模式的微妙平衡,任何个体都不敢轻率地对他人任意使用武力。因此,波斯纳认为:“报复之威胁是维系初民社会公共秩序的基本机制。”<sup>[29]</sup>

但是,一旦震慑失效,复仇就势在必行,来回往复的家族仇杀对任何一个社会而言都是不堪承受的沉重负担。而寻求建立在一定共识基础上的冲突解决方案,无疑是在震慑机制失效之后,社会文明仍未放弃控制内部冲突的一种补充方案。此时,那些对于社会内部整合负有责任的功能角

[28] 参见前注[13],霍贝尔书,第261~263页。

[29] [美]波斯纳:《正义/司法的经济学》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第215页。

色便自然而然地作为第三方力量介入到冲突之中并在一定限度内对冲突当事人实施强制。爱斯基摩人的头人以及伊富高人的蒙卡卢扮演的均是这样的角色,当然,无论是爱斯基摩人的“同意机制”还是蒙卡卢的行事模式都清楚地表明在此种社会文明阶段,由社会中介力量实施的有限度的强制并不足以构成冲突解决的决定性因素,在冲突事件中能否达成有效共识仍然是事件最终解决至关重要的因素。

随着社会公共权力的逐渐成型,作为一种社会内生的冲突控制机制,权力的生成和对纠纷的介入,有很多显在的优势。当诉诸强制的“权利”从个体手中移交到社会公共机构成为其垄断行使的“权力”,原本充分体现冲突当事人间自主意志的寻求妥协及共识的过程就开始逐步让位于介入冲突的权力意志。当社会冲突以“诉讼”的方式进入权力的强制领域时,至少在理论上而言,以法院为代表的公权力机构完全可以强制提供自己的最终方案并无需过多顾及当事人或社会的感受,只要这个方案是“合法”的,成本是适宜的。但这是否意味着“共识”或者“运用制度渠道来寻求共识”变得不再必要?

答案是否定的。虽然我们确实从前文切依因纳人的例子中导出推论承认权力的有效性可以在相当程度上弥补共识的有限性。然而,“权力的强制”却也并不是可以无限透支的公共资源,其始终需要面对“何以合法”的追问。一旦其合法性再生产遭遇危机,再严厉的“权力强制”也并不足以保证冲突的最终解决。在现代文明社会,由庞大官僚科层体系所支撑的分工明确的权力建制已经在前所未有的深度和广度上获得了对社会的广泛支配,从这个角度来看,我们所达到的文明高度是那些小打小闹的初民社会难望其项背的。但是,这是否意味着我们的法院一定比前者更加权威,更为有效,更能赢得社会成员的自发遵从?恐怕未必。请见以下几组数据:2008年4月至2010年11月,全国各级人民法院共新收民事申请再审案件158845件,审结135618件,结案率为85.4%。其中,裁定提审9855件,指令再审15335件,提起再审率为18.6%;裁定驳回97191件,占71.7%;调撤案件10203件,占7.5%,其他方式结案3034件,占2.2%。在裁定再审的案件中,被再审改判、调解以及发回重审的案件,占64.8%。<sup>[30]</sup> 2010年最高人民法院工作报告统计,各级法院共接待群众涉诉来访105.5万人次,同比下降9.4%。<sup>[31]</sup> 这些官方数据足以表明在“申请再审→驳回→涉诉信访”,“申请再审→提审或指令再审→改判或维持→涉诉信访”的恶性循环中,司法已经遭遇了严重的认同危机。<sup>[32]</sup> 这时,我们再回过头来看切依因纳人的“法院”,其不仅能够有效治愈“复仇”这样的远古难题,更能成为整合社会内部凝聚力的重要载体。在这样的“法院”同行面前,我们是否还能保持足够的文化自信?

至此,本文从初民社会的冲突控制机制着手,尝试建立一个关于“共识难题/命题”初步分析框架的努力已经可以告一段落。我们试图通过一系列法人类学案例来描述诸如社会文化、共同体意识、制度结构、公共权力、个体利益等因素是如何在引导冲突当事人形成共识层面起作用的,并且也形成具有一定“普适”意味的结论:“理性的社会成员是具有共识能力的”;“一个有效的共识可以是有限的,甚至必定是有限的”;“权力的有效性可以弥补共识的有限性”,等等。这趟时空之旅的

[30] 罗书臻:《积极探索审判规律:依法保障当事人诉权——全国民事再审审查工作综述》,载《人民法院报》2011年2月16日。

[31] 周斌:《解读最高人民法院工作报告:140个数据凸显司法公正为民》,载《法制日报》2010年3月12日第5版。

[32] 具体的问题阐述,参见陈洪杰:《方向性错误:司法改革的围城之惑》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2009年第4期;陈洪杰:《从程序正义到摆平“正义”:法官的多重角色分析》,载《法制与社会发展》2011年第2期。

初衷实际上就是想印证一个简单的想法——共识是可欲的。然而,基于简单社会的观察所获得的结论,能否直接适用于当代复杂社会却是不无疑问的,也并不足以反驳“共识无法达成”的论点,因为我描述的是文化的他者,而无论是何海波还是桑本谦论述的都是文化自我的当下,一旦将共识达成的制度文化语境加以剥离,共识将旋即变为不可能。

实际上,无论哪种论点(“共识是可欲的”抑或“共识无法达成”)都是可以找到大量的案例材料来组织论证的。只不过,选择何者作为自己的认识论基础将会决定选择什么样的制度路径来面对关于共识的困境。因此,在“桑文”那里,“权力的强制”成了终极方案,而这始终是本文试图反思之处。虽然,对简单社会下的人类学案例的分析,并不能直接回应当代中国极其复杂的社会转型进程中如何进行具体的纠纷解决机制取向选择和方案设计,但毕竟人类的基础行为模式是具有共通性的,通过分析评估社会文化、共同体意识、制度结构、公共权力、个体利益等不同因素的排列组合对社会成员行为模式的影响及其各自生产的意义符号(“简单”另一方面意味着更纯粹,更能触及人类心理驱动机制的本质),对我们当下社会能够产生的启示作用,是不容低估的。

霍贝尔认为,那些幸存下来能够让我们考察的正在扩展中的各个初民社会,都成功地抓住了问题的关键,它们都从各自的发展水平出发,通过扩大法律的范围、创立有效的诉讼程序以及分配权力并同时予以限制的方法,使得在危急情况下社会的权威一直占据主导地位(这恰恰是我们当下社会面临的紧迫问题)。因此,他甚至认为从研究初民社会纠纷解决机制中获得的认知可以为合理规制主权国家之间的各种利益冲突(乃至战争)提供借鉴和启示,因为“所谓国际法也只是在世界范围内的原始法”。<sup>[33]</sup>

当然,本文没有走得那么远,但至少在本文的主旨范围内,由分析初民社会的法人类学素材而获取的认知对于我们寻找并确立自己的认识论基础是有帮助的,尤其是当我们已经开始思考如何限定“权力的强制”,使之获得更广泛、更有效的认同基础,这也正是“裁判可接受性命题”传递的理念。接下来,让我们将目光拉回到自己的生活世界中来。

### 三、何种共识? 何者之共识? ——裁判可接受性命题在当代中国之展开

#### (一) 裁判可接受性命题的公众之维

陈景辉认为:“由于个案裁判兼具解决特定纠纷与指明行为标准的双重功能,所以当今的社会公众越来越多地关注案件裁判,因为每个人都存在成为类似案件当事人的可能。这种身临其境、感同身受的自我代入,使得他们有意愿针对司法裁判发表意见。并且,如果案件裁判结果与公众的(道德或经验)直觉产生剧烈的冲突,那么批评性意见的汇集就成为裁判机关的无形压力,这甚至在事实上构成了案件裁判或改判的主要动力和根本原因。”<sup>[34]</sup>因此,裁判可接受性命题在我国发生的一个自然走向是,公众对于判决结果之认可成为判决正当化的当然背书,裁判可接受性命题自然而然地演化成了公众可接受性命题。

但随之而来的问题是,谁能代表公众? 在价值多元的今天,公众全体是否还能达成有效共识? 张千帆教授曾指出,“人民”,或我们此处所说的“公众”作为一个虚构的集体是无法表达自己的声音的。几乎在所有情况下,我们所面临的其实不是真正的“人民”或“大众”,而只是他们当中声音

[33] 参见前注[13],霍贝尔书,第371~372页。

[34] 陈景辉:《裁判可接受性概念之反省》,载《法学研究》2009年第4期。

被不成比例放大的一小部分人。<sup>[35]</sup> 比如,在泸州遗赠案宣判时,1500余名旁听群众对判决爆发出“雷鸣般的掌声”。<sup>[36]</sup> 但这是否能够代表公众全体的一致意见,仍然是不无疑问的。何海波博士即认为:“泸州当地的‘民意’不能代表婚姻道德的全部,不管是喜是哀,事实的情况是,许多人(尤其在城市、在年青人中间)早已对婚外同居见怪不怪、漠然处之,或者仅仅把它看成一个人的‘私生活’而予宽容(特别是发生在自己朋友身上),甚至表示理解和同情(尤其当婚姻生活遭遇‘不幸’)。”<sup>[37]</sup> 尤其是,在这个价值多元的社会里,财产处分自由同样是获得广泛认同的价值取向。因此,在该案判决后,报纸和网上同样出现不少批评法院的声音;<sup>[38]</sup> 就在该案的发生地,“也有一些人(对判决)不以为然”。<sup>[39]</sup> 何海波博士也认为,希望通过商谈论证(legal discourse)获得合法性,使公众在理性驱使下能够获得普遍的同意,至少在本案情况下有些镜花水月。面对分裂的公众,所谓的“公众可接受性”恐怕难免会让法院陷入进退失据的困境。

那么,当面对因为价值取向不同等诸多原因而发生立场分裂的公众之维时,法院判决有无可能获得一个共识性的认同和接受呢?

桑本谦博士就曾就王斌余案做过一个测试,其将新华社的报道提供给11位从事刑事审判的法官,并向他们提出一个问题:“假如由你来审理王斌余案,你是否会判处王斌余死刑?”结果11位法官全部做出了肯定的答复。之后,又将问题转换为,“假如你不是法官,并且你处理这个案件可以不受法律的约束,你是否还会判处王斌余死刑?”结果就有3位法官改变了主意。<sup>[40]</sup> 这个测试提供了一种基于身份转换而发生的视角切换,同样的认知主体,仅仅因为预设的主体身份和判断基准发生转换,进而发生了立场选择的转换。桑本谦博士没有意识到的是,在这个过程中实际上已经蕴含了基于“交往视角”的理性商谈进而达成共识的可能性:对于在测试中发生立场转化的3位认知主体,如果我们要求他们以普通公众的立场去审视“作为法官的自己”所做的死刑判决,想必“以普通公众之视角为出发点”的他们也会同意“作为法官的自己”必须为如此判决。这样的换位思考实际上正是商谈理论所设想的“反思的交往形式”,即要求每个参与者采纳每个其他人之视角的论辩实践。<sup>[41]</sup> 基于这种交往视角,我们所欲求的共识论基础已经呼之欲出——我们并不要求公众全

[35] 参见张千帆:《司法大众化是一个伪命题》,载《经济观察报》2008年7月26日。

[36] 据报道:“纳溪区法院特意将审判庭选在了泸天化公司的职工俱乐部,开庭审理此案。这一天,有1500多名泸州市民从不同的地方赶来,旁听这次非同寻常的庭审。”参见《多事的遗嘱》,中央电视台《社会经纬》栏目2002年3月7日节目内容,见<http://www.cctv.com/lm/240/22/38812.html>,最后访问时间2012-06-15。

[37] 见前注[2],何海波文。

[38] 比如,萧瀚:《被架空的继承法:张学英诉蒋伦芳继承案的程序与实体评述》,载易继明主编:《私法》第2辑第1卷,北京大学出版社2002年版;何兵:《冥河对岸怨屈的目光:析“二奶”继承案》,载《法制日报》2002年4月7日;喻敏:《文义解释:民法解释的基础与极限——评张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷一案的一、二审判决》,载《西南民族学院学报(哲学社会科学版)》2002年第11期;邓子滨:《不道德者的权利》,载《南方周末》2001年11月15日;刘江:《别以道德的名义》,载《南方周末》2001年11月15日;邱仁宗:《法律道德主义的残酷与虚伪》,载李银河、马忆南主编:《婚姻法修改论争》,光明日报出版社1999年版;林猛:《把道德的东西还给道德》,载李银河、马忆南主编:《婚姻法修改论争》,光明日报出版社1999年版;王建勋:《法律道德主义立法观批判》,载李银河、马忆南主编:《婚姻法修改论争》,光明日报出版社1999年版;刘菊(整理):《二奶状告原配索要遗赠败诉:婚姻法、继承法该听谁的?》,载《北京晚报》2001年10月24日;以及中法网、中评网组织的网上讨论。这些网上发言,几乎都是质疑和反对法院判决的。

[39] 王甘霖:《“第三者”为何不能继承遗产》,载《南方周末》2001年11月1日。

[40] 见前注[7],桑本谦文。

[41] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第274页。

体一致同意法院的实体判决结果,具体到王斌余案,我们并不要求公众全体一致同意王斌余该杀,我们只是希望通过合理建构的论辩结构尽可能地推动公众在诸如“法院的职业伦理要求其需为如此判决”或“如果我是法官我也该或我也会这么判”这类问题层面上能够在最大范围内达成共识。当然,这只能是一种退而求其次的有限共识,但却也是在相当程度上可以欲求的有效共识,也正是这样有限却有效的共识为裁判可接受性命题提供了社会认同的基础,并且使得权力的合法性再生成为可能。

## (二) 裁判可接受性命题的当事人之维

2000年美国大选上演的布什诉戈尔案堪称是在公众与当事人的双重维度上对裁判可接受性命题的一次完美诠释。对于该案,张千帆教授评论道:“通过探讨美国的总统大选及其司法干预过程,尤其是最高法院内部不同意见的激烈争论,我们看到一个独立与公正的司法机构对于保证民主选举的完整与可靠是至关重要的,而司法公正的重要保障即在于司法程序本身必须是一个自由、平等与公开的说理过程,其中每个法官(不论是几‘品’、有没有官衔)都可以不受压制、毫无顾忌地表达自己对宪法与法律的观点,而他(她)的任何法律意见——无论是多么智慧或荒谬——也都将受到法学界同行、学者乃至整个社会与历史的无情检验。对于2000年美国大选的司法决定,人们可能对这个具体案例的多数意见不满意。然而,在自由与公开说明理由的司法制度保障下,人们仍有理由相信,从总体上说,法院仍然是一个可以被信任的政府机构,法官们的判决也应该受到整个社会——包括那些不同意多数意见的那部分公民或官员——的普遍尊重。透明度使法院这个神秘与威严的殿堂充满着理性的阳光,并最终把它和法律的权威牢固树立在每一位公民的心中。”<sup>[42]</sup>本案当事人戈尔的表态颇令人称道:“现在最高法院已经说话。尽管我不同意法院的判决,但我接受它。”弗里德曼评论道:“判决的失败者接受法治以及法治背后的制度为最终的、合法的原则。”<sup>[43]</sup>

当然,尽管戈尔对法院不利判决的淡然接受确实是在现实生活世界中真实发生的,但至少对中国当下而言,它仍只能代表一种对理想情境的真诚追寻。当事人(尤其是面临不利判决的当事人),由于其现实利益结构与法院决定之间的直接利害关系,是很难保持一份超然心态的。正因为如此,我国当前的司法实践越来越不倾向于就讼争事实做出一份以纯粹合法律性来支撑合法性的非黑即白或全输全赢式的中立判决,而是更加注重引导当事人达成利益的妥协。但我们也注意到,在就王斌余案展开的论述中,“桑文”用一种诡辩式的论证对利益妥协的可能性表示了异议:“在王斌余案中,对立双方不可能达成有意义的妥协,因为法院不可能把王斌余置于生死之间的过渡。”在这里,“桑文”似乎有意混淆了关涉“正义”的妥协与关涉“利益”的妥协。如果是前者,那“桑文”的立论还能有勉强成立的余地,法院在“杀”还是“不杀”之间只能有一个关乎“正义”的鲜明选择,法院不太可能说“杀”是正义的,“不杀”也是正义的。但是,我们这里讨论的是关涉“利益”的妥协,而“利益”必定是可以妥协的。

比如,我们有一个切依因纳人的例子,一个男子的妻子被人诱拐,诱拐者尝试利用部落内通常采取的化解“夺妻”纠纷的常规手段均告失败。最后,丈夫仍坚持宣称要夺回妻子。在这里,如果按照“桑文”的逻辑,这个冲突也不可能达成有意义的妥协,因为一女不能二嫁。但戏剧性的是,在丈夫开始采取行动之际,他的岳父出来干涉说,现在他有另一个已达婚龄的女儿愿意许配给他为妻。当然,在切依因纳人的实践中,“争妻”纠纷更加常见的利益妥协方案通常是用一匹马、一只马

[42] 张千帆:《美国总统大选的宪政问题》,载《中外法学》2001年第4期。

[43] 参见任东来等:《美国宪政历程:影响美国的25个司法大案》,中国法制出版社2005年版,第458页。

鞍或一些毛毡之类的经济物品来弥补丈夫的损失。<sup>[44]</sup>

不过,我们也要看到,利益的妥协虽然是可欲的,但却容易受到“弱肉强食”的丛林法则支配:在萨摩亚,如同大多数其他处于中等发展水平的部落一样,其社会的最高权力尚没有明确而牢固地掌握在社会的官方机构手里,在对付固执己见的社会次级团体时尚不能得心应手。作为一个整体的社会必须做出妥协,无论这一妥协与它的宗旨是多么的格格不入。例如,一位来自实力强大家庭的萨摩亚青年有一次偷了整整一船属于另一村落的物资,他所在村落的议事会判定他有罪,将他像捆猪一样地捆绑起来,准备送交给受害者一方,任由其发落。青年所在的家庭对议事会的决定表示反对,并说如果他受到伤害,他们将诉诸武力。为了避免这场殴斗,受侵害的村落最后不得已同意用赔偿的形式了结此事;在另一个例子中,一位首领实施了通奸行为,议事会决定要将其流放。但遭到首领家族成员及其拥护者的反对,在事情尚在讨论中时,该首领在其心腹随从的陪伴下已经大摇大摆地返回了住地。由于议事会害怕与之正式开战,只得对他的返回予以承认。<sup>[45]</sup>

正是出于对“实力界定权利”的警觉,哈贝马斯试图通过“在公平角度下调节谈判的程序”来解脱丛林困境。他认为,当我们就某事相互说服对方时,我们始终已经直觉地依赖于一种实践,在这种实践中我们假定足够地逼近一种理想条件,那就是以一种特殊方式免除了压制和不平等的言语情境。<sup>[46]</sup>在他看来,只要关于妥协的谈判是根据确保所有利益相关者以平等地参加谈判的机会的程序进行的,只要这种谈判允许有平等的机会彼此施加影响,并同时为所有有关的利益创造大致平等的实施机会,就有根据做出这样的假定:所达成的协议是公平的。<sup>[47]</sup>而“桑文”对之提出反对的论证思路则是:在司法这样一种由权力支撑的论辩场域,权力必然带来强制,因此无论是哈贝马斯之法律商谈还是阿列克西之法律论证所设想的“为达到论辩之理想情境而尽可能地消除司法过程中的强制因素”是既无效率也不可行的。

在“权力之强制不可避免”这个问题层面上,“桑文”是正确的。但我们认为,按照法律商谈的理想情境要求,一个理想的司法论辩结构应该是“权力搭台,当事人唱戏”——“权力的强制”在论辩过程中的唯一宗旨应在于排除外界(当事人的家族势力、社会地位、经济权力以及舆论导向等非司法性因素)的强制,从而为关于利益妥协的谈判提供尽可能公平的博弈平台。这也是我们的法院相较于萨摩亚的议事会更具优势的地方。因此,我们并不反对强制,我们只是反对导向压制或专断的强制。在这个问题方向上,当我们由裁判可接受性命题出发,将关注视角由传统“以合法性支撑合法性”的判决模式转向权力主导的“以合意性支撑合法性”的调解模式时,考虑到在现有调审合一模式下已成宿疾的“以判促调、以判压调、以判拖调”现象,我们就有必要注意用更恰当的方式将“权力不可避免的强制”导向正确的方向。

#### 四、共识何以可能:方向及路径

在泸州遗赠案中,主张遗嘱有效抑或无效的各种论者实际上分别处在不同的价值体系,前者预设的价值判断是:法律应最大限度地尊重社会成员的意思自治和财产处分自由;后者预设的价值判断是:法律应为维系婚姻道德提供正确的社会导向。而当这两种价值取向在同一案件中发生

[44] 参见前注[13],霍贝尔书,第181~184页。

[45] 参见前注[13],霍贝尔书,第360~361页。

[46] 见前注[41],哈贝马斯书,第280页。

[47] 见前注[41],哈贝马斯书,第204页。

冲突时,何者能够成为优先保护的法益,我们的社会远未形成有效的共识。<sup>[48]</sup>

那么,在价值共识并不存在的前提下,裁判可接受性命题又是如何转化为可欲求的制度目标的呢?一个在本文的论证脉络中已经清晰显现的解题思路是我们必须求助于有关权力合法性以及程序正当性的有限共识。何海波博士认为,在一定程度上,人们接受司法判决的结果,不是因为认同法院对判决结果的选择,而是因为这个判决是一个权威机构按照正当程序做出的决定。美国法院对辛普森案件、布什诉戈尔等充满争议案件的处理后果表明,法院所享有的机构合法性(institutional legitimacy),在一定情况下可以转化为具体判决的合法性(policy legitimacy)。<sup>[49]</sup>

在切依因纳人的例子中,本文的第三个判断表明,权力的有效性可以弥补共识的有限性。权力的有效性当然是由权力的合法性来加以支持的。但是,我们却很快在阿散蒂人的例子中发现,权力的合法性被权力的事实性取代了。权力的事实性表现在,权力对孕育它的生活世界产生现实支配,但这种支配并不是因为权力代表其应予代表的公共意志或是为了公共目的而运作,而仅仅是因为执掌权柄者经由权力的渠道输出某种个人意志。这种在生活世界内极为常见的权力异化现象充分表明,即便仅仅是关涉权力合法性的有限共识,也并不是不言自明的。在我国现阶段,涉诉信访等不正常现象的大量涌现,足以表明司法权力的合法性再生产已经遇到障碍。在此背景下,如果仍然片面地以司法效率或成本考虑为托词,迷信于权力的事实性,“说服”不成即行“压服”,无疑会使司法陷入严重的合法性危机。事实上,从权力的事实性出发,既然“压服”如此轻而易举,又何必劳神进行“说服”呢!

“桑文”为“压服”一说提出的辩解是,法官必须做出判断,司法需要的是关于决策的理论。而这却是那些所谓关于“商谈”或“论辩”的理论力所不能逮的。<sup>[50]</sup>但“决策需要论”实际上又是一个伪命题,在现代司法运作机制中,无论一个案件如何陷入争议的巨大漩涡,无论存在怎么样尖锐的意见分歧,“决策”早已不是一个问题,合议制度的“多数决”机制已经一劳永逸地解决了“决策”难题。换言之,“少数服从多数”的程序设计足以保证一个正常运作的合议庭总是能及时有效地做出判决。真正的问题是,这样一种可以“流水线作业”方式运作的公共决策机制如何保证能够自我维系的合法性再生产。在这个问题层面上,我们一直以来都是在法律解释学的向度内挖掘潜力,当然有时候我们也会在更为广义的社会科学领域为司法判决之合法性寻找论据支撑。然而正是在“法律及其解释”这个论域里,由“规则之治”的法治理念提供合法性支持的现代司法遭遇了法律现实主义的狙击,从而陷入一种整体性的合法性危机:

首先是法律诠释学复活了这样一个亚里士多德主义式的洞见:任何规则都不能规定它自己的运用。在事实与规则应用之间建立关联的是法官个人的“前理解”或“理解的前结构”。<sup>[51]</sup>紧随其后的法律现实主义牢牢抓住“前理解”的主观色彩,并加以发挥,认为“在司法判决的选择性结果中,法律之外的背景发生了作用,对这种作用,只有用经验分析才能加以澄清。这些外在因素(包括法官的利益状况、社会化过程、阶级隶属关系、政治态度、人格结构以及意识形态传统、权力格局、法律体系内外的经济因素等其他诸多因素)解释了法官是如何填补他们在判决中所享受的自

[48] 陈洪杰:《论法律续造的方法》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2010年第6期。

[49] 见前注[2],何海波文。

[50] 见前注[7],桑本谦文。

[51] 陈伟:《司法确定性的寻求——析哈贝马斯的“程序确定性”理论》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2011年第1期。

由裁量余地的”。<sup>[52]</sup>激进的法律现实主义者认为,传统的法律规则作用有限,它们在法院的判决过程中未曾扮演重要角色,也无助于结果的预测,因而规则并非法律,唯有具体的判决才是法律。即便是持相对温和立场的现实主义者,虽然仍然认为规则确实存在并对判决结果施加了一定影响,法官在某种程度上也曾注意到纸面规则,但他们受其它因素的影响则更为强烈,简而言之,规则并非法官判决时参照的中心。<sup>[53]</sup>

另一种形式的法律怀疑论隐含在霍德利主教(Bishop Hoadly)的名言之中:“正是那些有绝对权力去解释任何成文的或口述的法律的人,而不是首先写就或口述法律的人,才是法律之目的和意图的给予者。”一个可观测的基本事实是,最高法庭有权决定法律是什么,并且一旦它做出这种决定,有关法院是“错误”的说法在该体系内就没有任何效应:没有常规办法能够去纠正这“错误”。这导致人们以另一种方式否认正在做出判决的法院是受法律规则约束的,即“法律(或宪法)就是法院所说的”。<sup>[54]</sup>

法律现实主义的釜底抽薪使得对于严重依赖需要经由合法律性的言说和自我表白来维系合法性再生产的司法“决策”体系来说,已经无法在法律解释学的单一向度内自足地解决“流水线作业”生产体系下判决整体的合法性问题。而哈贝马斯的贡献则恰恰在于这样一个理论洞见:司法判决的合理可接受性不仅同论据的质量相连接,而且同论辩过程的结构相连接。<sup>[55]</sup>程序权利保证每个法权人对于公平程序的主张,而这种公平程序进一步保证的不是结果的确定性,而是对有关事实问题和法律问题的商谈式澄清。因此,有关各方可以确信,在产生司法判决的程序中,举足轻重的不是任意的理由,而只是相关的理由。<sup>[56]</sup>在这里,合理的论辩结构要求的是建立在信息充分基础上的多元视角间的沟通、调和以及相互制约,而不是凭借在法律解释层面的天然优势而获取的话语特权。由此,排除权力主体主观任意性(法律现实主义的解构正是于此处发端的)的判决理由之相关性,实际上就是由法庭程序所提供的“理性论辩结构下的交往视角”而保证的。

尽管如此,严格按照“理想论辩情境”(无尽的时间、不受限制的参与、完美的信息、彻底的真诚、平等的发言权以及百分之百的无强制性)去组织一个需进行实际操作的法庭论辩规则实际上既不可能也不必要,在这一点上本文赞同“桑文”的观点:“司法程序因此必须发挥过滤器的功能,它强制性地规定了辩论参与人的资格、可辩论事项的条件、启动辩论程序的条件、辩论的时间限度以及起点和终点。”<sup>[57]</sup>从现实路径来看,法庭程序设置了法官、陪审员、原告、被告、辩护人、公诉人、旁听的社会公众甚至媒体等等不同的角色,让这些角色在承担自己责任的同时保证所有角色的行为综合起来可以为法官的判决确定一个近似但却是现实的“交往视角”。<sup>[58]</sup>

在阿列克西看来,尽管无法按照“理性论辩规则”去组织一个现实的法庭辩论过程,但“理性论辩规则”仍可以为衡量司法程序的正当性提供一个评价标准。<sup>[59]</sup>由此,我们也得以获取一个新的视角来重新审视诸如泸州遗赠案这样的争议案件:如果单纯在法律解释学的向度内进行理解,泸

[52] 见前注[40],哈贝马斯书,第248页。

[53] 刘翀:《现实主义法学的批判与建构》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2009年第5期。

[54] 见前注[11],哈特书,第140页。

[55] 见前注[40],哈贝马斯书,第279页。

[56] 见前注[40],哈贝马斯书,第271页。

[57] 见前注[7],桑本谦文。

[58] 见前注[50],陈伟文。

[59] [德]阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第362页。



州遗赠案与著名的帕尔默案具有一定的相似性。在此二案中,按照大、小前提三段论的逻辑模式本应适用的具体法律规则均在道德视角的逼视下无法建立起应有的情境相关性,其面向个案具体情境之“规范性”或“有效性”受到否定,法院诉诸更为抽象的“原则”将道德立场转译成法律代码后作为最后断案的依据。由于在现有认知结构中,基于帕尔默案的巨大存在而形成的“前见”,使得我们无法在法律解释学的向度内有效反对泸州案所采用的原则解释论路径。只有当我们把理论视角转向法律的商谈理论时,泸州遗赠案的合法性局限才得以清晰浮现。根据后者,司法判决的合理可接受性不仅同论据的质量相连接,而且同论辩过程的结构相连接。一些细节表明,本案的论辩结构是存在问题的:无论是法官在案件审理上的故意安排(在蒋伦芳所在单位泸天化公司公开开庭审理),还是事实认定和理由说明的一边倒,乃至事后讨论中鄙夷不屑的话语(“那些为‘第三者’呐喊的人的出发点真叫人摸不着头脑”),<sup>[60]</sup>都暴露出法官没有保持应有的中立。<sup>[61]</sup>宣判时,1500余名旁听群众对判决爆发出“雷鸣般的掌声”。<sup>[62]</sup>

而理性论辩所要求的“反思的交往形式”,则要求每个参与者采纳每个其他人之视角的论辩实践。<sup>[63]</sup>并且,当我们就某事相互说服对方时,我们始终已经直觉地依赖于一种实践,在这种实践中我们假定足够地逼近一种理想条件,那就是以一种特殊方式免除了压制和不平等的言语情境。<sup>[64]</sup>但这些,在泸州遗赠案的庭审实践中,恐怕都是付之阙如的。在法院精心安排的剧场化的庭审现场,在1500余名道德感高涨观众的集体注视下,法律商谈“换位思考”的视域融合以及精巧复杂的思辨理性必定会让位于粗线条道德勾勒的“在二奶与发妻的遗产争夺战中”如何保证“政治正确”之立场选择。

但何海波教授认为:“如果对事实的了解不是停留在‘丈夫将遗产给了情妇不给发妻’这样一个公式上,更不是带着‘奸夫’、‘二奶’这样鄙夷的眼光去看待黄永彬与张学英的关系,而是具体了解一下黄永彬为什么要把财产遗赠给张学英,即使一般公众的看法,也许会有一些不同。且不说蒋伦芳如何‘逼走黄永彬’(黄永彬姨妈语)、黄永彬与张学英又是怎么好上的,且不说黄永彬与张学英长达5年的同居期间基本上断绝了与蒋伦芳的关系;在黄永彬即将离开人世的这段日子里,蒋伦芳对黄永彬恶行恶语,而张学英不但承担了最初近万元的治疗费,还‘面对旁人的嘲笑,面对蒋伦芳的讽刺和挖苦,俨然以一个妻子的身份守候在他的病床前’。”<sup>[65]</sup>所有这些传递丰富内涵的信息,却都被遮蔽在法律解释学向度内的法院独白视角中了。这也是我国现阶段一种较独特的司法现象:当一个案件被公共事件化以后,法院的独白视角就会有意无意地去发现、迎合、乃至制造其所欲求的公众视角,而当此二者因为“事件”的触媒而发生谐振时,就会极富默契地迅速结合成为“交往视角”中的“压制性视角”。而“交往视角”中的其他重要组成部分,比如媒体(官方)、陪审员等,则要么只是提供一种同质化视角,要么在体制的“规训”下沦为“空视角”。<sup>[66]</sup>

一旦我们能够跳出“二奶与发妻争夺遗产”或者“以个人财产处分自由之权利价值观来消解陈腐婚姻道德观”这样脸谱式的极化视角,真诚面对道德、权利面相的多元性和复杂性,不以“自己占据了道德高地”或是“发出了权利时代的先声”而进行话语压制,我们或许就有可能从预设立场的

[60] 赵兴军:《谁在为“第三者”呐喊?》,载《法制日报》2002年4月22日。

[61] 见前注[2],何海波文。

[62] 参见前注[35],《多事的遗嘱》。

[63] 见前注[41],哈贝马斯书,第274页。

[64] 见前注[41],哈贝马斯书,第280页。

[65] 见前注[2],何海波文。

[66] 陈洪杰:《论法律解释学视角内外的确定性命题》,载《法律科学》(西北政法大学学报)2012年第2期。

固执己见中挣脱开来,进而为建立在妥协基础上的有限共识之达成开放出可能的道路。比如,郑永流教授即认为:“在存有明显争议且无法判定谁全对谁全错时,必须反对非此即彼的态度,应当兼顾当事人双方和社会对立的道德立场。由于遗产的可分割性,可以让道德骑墙并变成兼容的判决。”<sup>[67]</sup>实际上,即便是在更加极端的死刑案件中,我们在司法实践中通过被告人一方真诚悔罪、积极赔偿并取得被害人一方谅解进而获得减刑的刑事和解模式,也已在极大程度上消解了“桑文”经由王斌余案之个例而展开的关于“达成共识”或“利益妥协”之不可能性的论证。

因此,“理想论辩情境”的理论建构至少提供了一个有力的分析工具和参照系,让我们在“理想照进现实”之际可以获取更有效的问题意识:如何在庭审程序中恰当安放公众视角?传媒与司法之间的良性互动机制如何生成?陪审员与法官间对话情境之建构如何可欲?而且,我们也有了一个明确的问题方向,只有当法庭的论辩结构恰当地避免了压制和不平等,所有参与主体视角之有效性均得到保证,以交往视角下之理性商谈为理论预设的裁判可接受性命题,才足以保证法院的命令能够获得“主要不是诉诸畏惧,而是诉诸对权威的尊重”的共识基础。

## 五、余论

“桑文”提出:“在司法程序努力接近‘理性辩论规则’的过程中存在一个最佳点,在这个最佳点上,追求程序正义的边际成本与边际收益恰好相等。但如果越过了这个最佳点,由于追求程序正义的边际成本会大于边际收益,司法过程继续接近‘理性辩论规则’就是得不偿失了……所以,判决如果不能‘说服’当事人,司法就要被迫采取‘压服’的手段……当几种不同的判决方案相互对峙的时候,‘司法专断’可以通过终结辩论而节省交易成本。”<sup>[68]</sup>在这层因果关系的铺设中,始终强调以权力之强制性服务于“有效率的决策”这一终极目标。本文则认为,这样的因果陈述实际上并不是真正从我国现阶段实存的问题背景出发导出具有现实指向的问题意识,反而是要把问题引向错误的方向。

举例来说,在伊富高人的例子中,蒙卡卢的局限性在于其缺乏有效的权力手段对冲突当事人施加强制,所以只好一趟趟地来回穿梭于冲突各方,直到其建议经过多次反复修改最终达成协议,这不仅造成调停的行为通常旷日持久,甚至还有可能因为共识匮乏而导致冲突失控升级。在这样的社会结构中,如何在冲突的社会控制体系中形塑、引导权力的强制性来服务于有效率的决策,或许才是真正有针对性的问题方向。而在我们这里,由强有力的国家暴力机器以及庞大的官僚科层架构所支撑的分工明确的权力建制已经在前所未有的深度和广度上获得了对社会的广泛支配,权力的事实性深刻侵袭了我们身处的生活世界。在这样的社会里,安身立命之所被一纸公文强令拆除的人们屡屡以自我毁灭的极端方式表达对权力合法性的绝望反抗,司法作为社会冲突控制至关重要的一道防线正面临现实如此严厉的拷问,我们却答非所问地把问题导向“如何保证强有力的权力强制能够服务于有效率的司法决策”,这不能不说是理论的失察。

(责任编辑:宾 凯)

[67] 郑永流:《道德立场与法律技术——中德情妇遗嘱案的比较和评析》,载《中国法学》2008年第4期。

[68] 见前注[7],桑本谦文。